

REVISIÓN DE LA DOCTRINA JUDICIAL EN MATERIA DE DESPIDOS COLECTIVOS

ANA ALOS RAMOS

Abogada*

Revisión de la doctrina judicial en materia de despidos colectivos

La reforma laboral introducida en el año 2012, a través del Real Decreto-ley 3/2012 de 10 de febrero y de la Ley 3/2012 de 6 de julio han supuesto el inicio de un proceso de profunda revisión del régimen de los despidos colectivos. Este artículo pretende realizar una exposición general de los pronunciamientos recientes de los tribunales en esta materia, centrándose fundamentalmente en los temas que mayores controversias han suscitado hasta el momento: (i) los grupos de empresa; (ii) la documentación necesaria en el procedimiento de despido colectivo; (iii) la necesidad de actuar con buena fe en el seno del periodo de consultas; y (iv) la definición de las causas objetivas que justifican el despido colectivo.

1 · INTRODUCCIÓN

La reforma laboral introducida en el año 2012, a través del Real Decreto-ley 3/2012 de 10 de febrero («RDL 3/2012») y de la Ley 3/2012 de 6 de julio («Ley 3/2012») de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, matizada recientemente por el Real Decreto-ley 11/2013 de 2 de agosto («RDL 11/2013») (la «Reforma»), contiene como objetivo central de acuerdo con su exposición de motivos la búsqueda de lo que se ha definido como «flexiseguridad».

Partiendo de ese objetivo se desarrolla un paquete de medidas que afectan a muy diferentes ámbitos: formación, intermediación laboral, contratación, flexibilidad interna en la empresa y extinción de los contratos de trabajo. Centrándonos en este último punto, se introducen novedades en relación con el encadenamiento de contratos, la supresión del denominado «despido exprés», la reducción de la indemnización por despido improcedente, la supresión de los salarios de tramitación, y la modificación de la regulación del despido colectivo.

El presente artículo revisa la doctrina judicial dictada hasta el momento en relación con esta cuestión, el despido colectivo, centrándose en determinados

Overview of the collective dismissals case-law

The labour reform introduced in 2012 by Royal Decree Law 3/2012 of 10 February and by Law 3/2012 of 6 July signified the beginning of a profound review of the collective dismissals regime. This paper is intended to provide a general overview of the recent judicial decisions on this matter, focusing mainly on those issues that have generated the most controversy to date: (i) group of companies; (ii) the documents necessary in the collective dismissals procedure; (iii) the need to act in good faith during the consultation period; and, (iv) the objective causes justifying the collective dismissal.

aspectos que han generado un debate más amplio y una litigiosidad más recurrente: (i) los grupos de empresa, (ii) la documentación necesaria en el procedimiento de despido colectivo, (iii) la buena fe en el seno del periodo de consultas, (iv) la definición de las causas objetivas que justifican el despido colectivo.

2 · ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES

Antes de entrar en el análisis de las cuestiones apuntadas, es ilustrativo tener en cuenta algunas consideraciones generales que permiten relacionar los objetivos perseguidos por el legislador con el impacto de otras medidas implementadas, así como la evolución general que en la doctrina judicial se ha producido desde un momento inicial hasta hoy.

2.1 · Sobre la pretendida supresión del «despido exprés» y la discutida reducción del coste de las indemnizaciones por despido

Tras un largo periodo de decrecimiento económico, existía una fuerte reivindicación empresarial de que debían reducirse las indemnizaciones por despido. Frente a ello, la Reforma llevada a cabo reduce la fórmula de cálculo de la indemnización por despido improcedente de 45 días de salario por año trabajado con tope de 42 meses de salario, a una

* Del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Barcelona).

indemnización de 33 días de salario por año trabajado con tope 24 meses de salario¹. Simultáneamente, se suprimen los salarios de tramitación, que suponían un coste muy significativo en muchos procedimientos y que podía llegar a ser superior a la propia indemnización en aquellos casos en los que los trabajadores tenían antigüedades bajas.

Sin embargo, en materia de despidos por causas objetivas, nuestro legislador opta por no rebajar la fórmula de cálculo de la indemnización para el caso de que se considere procedente o ajustada a derecho la extinción, que se mantiene en los 20 días de salario por año trabajado con un tope de 12 mensualidades. En este sentido, lo que pretende la Reforma es introducir «*innovaciones en el terreno de la justificación de estos despidos*» que permitan facilitar la implementación de estas medidas de manera procedente o ajustada a derecho.

Los análisis meramente basados en los importes indemnizatorios acordados tras la reforma reflejan un descenso de las indemnizaciones medias pactadas. De acuerdo con las declaraciones realizadas el 9 de mayo de 2013 por del Director General de Empleo, las indemnizaciones medias por despido objetivo se sitúan en 26 días por año de servicio con un máximo de 16 mensualidades².

Sin embargo, la Reforma también ha introducido en los despidos colectivos costes adicionales que pueden encarecer muy significativamente los procedimientos, como son: (i) la obligación de ofrecer un plan de recolocación en empresas de más de 50 trabajadores; (ii) las aportaciones al Tesoro público cuando se extingan los contratos de trabajo de personas con más de 50 años; o (iii) el incremento de la litigiosidad, especialmente en aquellos casos en los que se alcanza un acuerdo durante el periodo de consultas.

Todo lo anterior, junto con el abaratamiento del despido improcedente, hace que el diferencial entre el despido declarado improcedente respecto del procedente o ajustado a derecho sea cuestionable en muchos casos, y pese a que el procedimiento de despido colectivo no es optativo para las partes si concurren los requisitos legalmente establecidos para ello.

¹ Artículo 18.7 del RDL 3/2012 y de la Ley 3/2012

² Declaraciones de X. Thibault el día 9 de mayo de 2013 en la jornada *Reestructuración de plantillas*, organizada por la Asociación para el Progreso de la Dirección.

2.2 · Agilización del procedimiento

Diferentes medidas han querido promover la agilización del procedimiento desde que una organización detecta la necesidad de adoptar medidas de reestructuración hasta que los procesos son finalmente implementados. Entre ellas destacan las siguientes: (i) la supresión de la autorización administrativa para aprobar las extinciones (salvo en supuestos de fuerza mayor); (ii) la fijación de límites temporales máximos de duración de los periodos de consultas; (iii) la posibilidad de que el empresario imponga la medida incluso en caso de falta de acuerdo; y (iv) la remisión plena de la competencia judicial al orden social para dirimir los conflictos.

Sin embargo, una cuestión que dinamita muy especialmente esa pretendida agilización es la pérdida de fuerza del acuerdo colectivo alcanzado para poner fin al proceso. Procesalmente la reforma laboral deja la vía abierta a la acción individual y colectiva (con amplia legitimación activa) con independencia de que exista acuerdo. En ambas, no solo puede discutirse la existencia de fraude, dolo o abuso de derecho en el acuerdo, o los criterios de afectación individuales, sino también, por ejemplo, la propia existencia de las causas.

2.3 · Evolución general de la doctrina judicial

La Reforma en materia de despidos colectivos ha sido profunda y ha afectado tanto a la definición de las causas que permiten justificar la medida extintiva como al procedimiento a seguir, a las vías de impugnación y a los costes asociados. La implementación práctica de los despidos colectivos ha supuesto el planteamiento de múltiples interrogantes en torno a la nueva normativa.

Hasta el momento el Tribunal Supremo («TS») ha tenido pocas ocasiones de pronunciarse respecto a la Reforma en materia de despidos colectivos. Hasta fecha reciente se tenía constancia de una única sentencia, aunque ya se ha dictado una segunda en Sala General³ de especial interés por las materias que aborda. En consecuencia, el presente artículo analiza principalmente el criterio jurisprudencial que se apunta por nuestro TS, la doctrina judicial desarro-

³ Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013 y de 27 de mayo de 2013, recursos 81/2013 y 78/2012

llada en primera instancia por la Audiencia Nacional («AN») y por los Tribunales Superiores de Justicia («TSJ»).

Es interesante para obtener una primera idea de cómo ha evolucionado esta doctrina tener en cuenta que la primera sentencia que se pronunció sobre un despido colectivo realizado conforme al RDL 3/2012 fue la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña el 23 de mayo de 2012 (AS 2012\1049), en la que se declaró la nulidad del procedimiento de despido colectivo analizado. Desde ese momento, las sentencias que declaran la nulidad de los despidos se sucedieron, no siendo hasta la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 14 de septiembre de 2012 (AS 2013\813) cuando se dictó la primera resolución judicial que declaraba ajustado a derecho un despido colectivo.

Cabe señalar que, tras esta primera oleada de sentencias que declaraban la nulidad de los procedimientos de despido colectivo, en los últimos meses la tendencia se ha invertido, y se han dictado numerosas sentencias que declaran ajustados a derecho los procesos de despido colectivo seguidos. En este momento resulta menos frecuente la declaración de nulidad de los procedimientos de despido colectivo y muy excepcional la declaración de no ajustado a derecho de estos. La reforma introducida por el RDL 11/2013 facilita esta situación al establecer expresamente que «únicamente» se podrá declarar la nulidad de los procedimientos de despido colectivo en los supuestos tasados en la norma.

Esta evolución refleja, sin duda, el aprendizaje llevado a cabo a lo largo de estos meses y la utilidad de la doctrina judicial que hasta el momento se ha dictado. Sin embargo, sigue siendo necesario el desarrollo de una jurisprudencia consolidada por nuestro Tribunal Supremo que, hasta el momento, como se señalaba anteriormente, se ha pronunciado únicamente en dos ocasiones.

3 · GRUPOS DE EMPRESA

Los grupos de empresa y su impacto en los procedimientos de despido colectivo es una de las cuestiones que ha generado un mayor nivel de incertidumbre. El tratamiento de este fenómeno societario cada vez más extendido tiene repercusión en temas tan relevantes como la determinación de quién tiene legitimación para iniciar un despido colectivo o la documentación que hay que aportar en los procesos, tal y como a continuación se expone.

3.1 · Definición

Nuestro ordenamiento laboral hace referencia a la figura del empresario en el artículo 1.2 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores (el «ET»), pero no define a los grupos de empresa, dejando abiertas una pluralidad de cuestiones que se reflejan en el ámbito laboral como consecuencia de la existencia de estas estructuras societarias complejas.

Así, en el ámbito laboral ha sido la jurisprudencia la que ha ido definiendo el concepto de grupo de empresa patológico, distinto del concepto mercantil de grupo de empresas (art. 42 del Código de Comercio [«C.Com.»]) que da lugar a la responsabilidad solidaria de todas las empresas que lo componen.

La Reforma no ha aprovechado la oportunidad para introducir cambios normativos en este punto. Por el contrario, el legislador agrava en cierto modo la situación, ya que si se refiere a los grupos de empresa al regular el desarrollo reglamentario del régimen de despidos colectivos, como por ejemplo en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada («RD 1483/2012» o «Reglamento») o en el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años. Pues bien, hacer referencia a un concepto del que no consta definición legal genera unas dificultades aplicativas evidentes.

Tradicionalmente, la jurisprudencia ha venido sosteniendo que la existencia de un grupo mercantil no tiene por qué constituir un grupo de empresas patológico. Desde sus primeras sentencias, la jurisprudencia ha señalado que «no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales» (sentencia de la Sala de lo Social del TS de 30 de enero de 1990 [RJ 1990\233]).

Partiendo de dicha premisa, los criterios que la doctrina judicial ha apreciado para determinar la existencia de un grupo de empresas patológico o laboral son los que a continuación se detallan. Sin embargo, es importante señalar que la reciente STS

de 27 de mayo de 2013 rectifica doctrina anterior e introduce nuevos elementos a considerar sobre la cuestión.

Así, tradicionalmente, se tenían en cuenta los siguientes criterios para la determinación de la existencia de un grupo patológico o laboral:

(i) *Unidad de dirección*. Sin que sea un elemento determinante por lo que se ha expuesto anteriormente, concurre en aquellos casos en los que las sociedades que conforman el grupo no actúan de forma independiente o autónoma, sino dirigido por la sociedad dominante (SSTS de 6 de mayo de 1981 [RJ 1981\2103] y 8 de octubre de 1987 [RJ 1987\6973]).

(ii) *Confusión de plantillas, prestación de trabajo de forma simultánea o sucesiva para varias empresas del grupo*. Siendo una situación habitual en los grupos de empresas, un elemento que ha sido valorado positivamente para excluir la declaración de grupo patológico es la existencia de una facturación cruzada por los servicios prestados de los trabajadores del grupo (STS de 26 de enero de 1998 [RJ 1998\1062]).

(iii) *La creación de empresas sin sustento real* con el fin de evitar las responsabilidades laborales (SSTS de 11 de diciembre de 1985 [RJ 1985\6094], de 3 de marzo de 1987 [RJ 1987\1321], de 8 de junio de 1988 [RJ 1988\5256] y de 12 de julio de 1988 [RJ 1988\5802]).

(iv) *Confusión de patrimonios*. La STS de 6 de marzo de 2002 (RJ 2002\4659) la define como una situación de confusión de «*propiedades y patrimonios*» en la que todas las empresas que forman parte del grupo se benefician de los servicios prestados por los trabajadores.

(v) *Apariencia externa de unidad empresarial*. Requisito vinculado a la buena fe del tercero o del trabajador que confunden la identidad real del empresario (STS de 19 de noviembre de 1990 [RJ 1990, 8583]).

Las recientes sentencias de los TSJ y de la AN en materia de despidos colectivos se han pronunciado en reiteradas ocasiones sobre los criterios para la determinación de la existencia de un grupo de empresas estrictamente mercantil o, por el contrario, patológico. Al respecto, son destacables los siguientes pronunciamientos:

— *Grupo mercantil*. La sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 11 de marzo de 2013 (JUR 2013\95790) determina la existencia de

un grupo mercantil y descarta la existencia de elementos relacionados con el fraude de ley; la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 20 de marzo de 2013 (JUR 2013\110228) en la que se declara que el control societario o la existencia de operaciones intrasocietarias dentro del tráfico mercantil ordinario no impiden la declaración como mero grupo mercantil; la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 12 de junio de 2013 (JUR 2013\193771) que declara la necesidad de que la existencia de un grupo patológico sea alegada en la demanda para su valoración en el procedimiento (en el mismo sentido sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 15 de octubre de 2012 [AS 2012\3007]). Otras resoluciones en análogo sentido son la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de diciembre de 2012 (AS 2013\650), la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 26 de junio de 2012 (JUR 2012\275121), las sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 6 de julio de 2012 (AS 2012\1677) y de 13 de diciembre de 2012 (JUR 2013\55054), y la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 8 de noviembre de 2012 (JUR 2013\17644).

— *Grupo patológico laboral*. La sentencia de la Sala de lo Social del TS de 20 de marzo de 2013 (RJ 2013\2883) analiza un supuesto en el que existe una empresa creada instrumentalmente y sin sustento real; la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 26 de julio de 2012 (AS 2012\1678), donde se especifica que la mera existencia de operaciones vinculadas entre las empresas del grupo o sus socios no dan lugar de forma automática a la declaración de un grupo patológico, siendo necesaria la acreditación de que estas se apartaron del «*recto tráfico mercantil*»; la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2012 (AS 2012\1049) en un supuesto en el que no existía distinción entre las actividades llevadas a cabo por dos sociedades y hasta el calendario de vacaciones se efectuaba de forma conjunta.

Otras sentencias en análogo sentido son la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Aragón de 18 de noviembre de 2012 (JUR 2013\115759), la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de diciembre de 2012 (AS 2013\871), las sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 30 de mayo de 2012 (AS 2012\1672), de 11 de junio de 2012 (JUR 2012\268984), 25 de junio de 2012 (AS 2012\1773) y de 9 de abril de 2013 (AS 2013\278).

La muy reciente STS de 27 de mayo de 2013 rectifica la doctrina anterior al establecer que el concepto de grupo de empresas debe ser el mismo en las distintas ramas del Derecho, laboral, mercantil y fiscal. Sin embargo, inmediatamente matiza que las consecuencias en cada uno de ellos pueden ser distintas en función de la concurrencia de determinadas circunstancias añadidas o «factores adicionales» y que se sintetizan a continuación, aunque no deben entenderse como un relación cerrada de acuerdo con el propio Tribunal: (i) la confusión de plantillas, como manifestación del funcionamiento unitario del grupo; (ii) la confusión patrimonial; (iii) la unidad de caja; (iv) «la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa aparente»; y (v) «el uso abusivo —anormal— de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores».

Además, la STS de 27 de mayo de 2013 descarta dentro de este grupo de «factores adicionales» los siguientes: (a) la mera pertenencia a un grupo empresarial; (b) la dirección unitaria; (c) la dirección comercial común; o (d) la apariencia externa de unidad.

Por tanto, se aclara desde el punto de vista conceptual la definición de grupo y se excluyen determinados criterios para la extensión de la responsabilidad solidaria a todas las empresas del grupo en el ámbito social. Asimismo, en la definición de los criterios que sí suponen la existencia de dicha responsabilidad, se refuerzan los elementos de fraude o uso abusivo, siendo probablemente necesario que se desarrolle jurisprudencialmente este último parámetro.

3.2 · Legitimación activa

Se ha analizado la legitimidad de los grupos de empresa para iniciar despidos colectivos. A dicho respecto, en un análisis preliminar, puede afirmarse que ni la normativa comunitaria (Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de Julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos [«Directiva 98/59/CE»]) ni la Reforma han regulado esta cuestión. Ello pese a que nuestra normativa comunitaria sí que tiene en cuenta la posibilidad de que una empresa dominante de un grupo ostente la capacidad para decidir si debe iniciarse un proceso de despido colectivo, aunque sin que esté obligada a participar en el periodo de consultas.

Tras las diferentes sentencias dictadas sobre esta cuestión, puede diferenciarse entre los siguientes supuestos:

(i) *Grupo mercantil*. La sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 12 de junio de 2013 (JUR 2013\193771) entiende que no es posible que el grupo de empresas mercantil promueva un procedimiento de despido colectivo para las empresas del grupo, ya que no tiene habilitación legal alguna para ello, aunque afirma que la negociación conjunta de distintos expedientes de regulación de empleo de un mismo grupo mercantil podría evitar procesos reiterativos y a los costes asociados a dichas duplicidades.

Lo anterior contradice jurisprudencia previa de la jurisdicción contenciosa administrativa⁴ que, tal y como expone la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 28 de septiembre de 2012 (AS 2012\2515), admitía dicha posibilidad como una opción para el empresario.

Por otra parte, la vía alternativa también señalada por la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 25 de febrero de 2013 (AS 2013\177) podría ser la de llevar a cabo una negociación conjunta con votaciones diferenciadas por empresa, siempre que cada empresa afectada inicie su procedimiento de despido colectivo de forma individual y los acuerdos alcanzados se refieran al ámbito de cada empresa.

Finalmente, cabe apuntar que la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 12 de junio de 2013 (JUR 2013\193771) determina que el procedimiento no puede iniciarse por un grupo de empresas mercantil, aunque sí puede decidirse por la empresa dominante de este.

(ii) *Grupo patológico*. Son numerosas las sentencias que reconocen la legitimación de un grupo patológico para la promoción y negociación de un procedimiento de despido colectivo. En este sentido se pronuncian entre otras las sentencias de la Sala de lo Social de la AN de 25 de febrero de 2013 (AS 2013\177) y de 18 de diciembre de 2012 (AS 2013\1036). A dicho respecto, deben señalarse tres cuestiones que resultan especialmente relevantes: (a) la legitimación de grupo no supone la obligación de este para tramitar el procedimiento de forma conjunta, ello sin

⁴ Ver, entre otras, la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS de 4 de octubre de 2007 (RJ 2007, 8148).

perjuicio del cumplimiento de las obligaciones documentales que correspondan; (b) el inicio del procedimiento de forma conjunta exige una autodeclaración por parte de la empresa de su condición de grupo a efectos laborales, que también podrá ser cuestionada por la representación de los trabajadores, y (c) la AN ha declarado en algunas resoluciones que la tramitación y la negociación conjunta puede ser más garantista para los trabajadores.

4 · DOCUMENTACIÓN A APORTAR

El Reglamento regula la documentación que debe aportarse en los procesos de despidos colectivos, y hace diferencias en función de las causas alegadas. A continuación se citan algunas de las cuestiones que a la luz de las resoluciones judiciales dictadas deben destacarse:

— *Documentación relevante.* La Directiva 98/59/CE, apartado 2.3.a, establece la obligación de proporcionar la información pertinente. Dicha referencia no solo debe ser entendida en relación con el cumplimiento de una mera obligación formal (sentencia de la Sala de lo Social del TS de 20 de marzo de 2013 [RJ 2013\2883], sentencia del TSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2013 [AS 2012\1049]). Muy interesante es al respecto la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 4 de junio de 2013 (JUR 2013\193601), que subraya la obligación de que la información facilitada sea relevante para que el periodo de consultas pueda alcanzar sus fines. La reciente STS de 27 de mayo de 2013 es especialmente clara en este sentido al señalar que «...no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse —razonablemente— aquellos documentos que se revelen «intrascendentes» a los efectos que la norma persigue...». Se entiende como relevante aquella documentación que permita a los representantes de los trabajadores tener una buena comprensión de la situación de la empresa y les facilite las herramientas necesarias para poder formular propuestas en el limitado tiempo en el que discurre el periodo de consultas.

El deber de aportación de documentación apropiada se encuentra vinculado a la buena fe que debe regir toda negociación (sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de octubre de 2012 [AS 2013\993]) y que se analiza en el apartado 3.4 siguiente. A sensu contrario, aquella documentación no conectada con el núcleo

del debate no debería distorsionar el procedimiento o generar una exigencia formal desproporcionada al fin perseguido. Además, el incumplimiento de aquellos requisitos no vinculados al artículo 51 ET, sino al artículo 64, podrá dar lugar a las sanciones que procedan, pero no debería derivar en la nulidad del despido colectivo (sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 6 de julio de 2012 [AS 2012\1677]).

El volumen de documentación a aportar resulta en ocasiones abundante, dependiendo de la dimensión de la empresa en cuestión. Así, es importante que las partes distingan la documentación esencial para el conocimiento profundo de los detalles que justifican la extinción colectiva.

La aportación de documentación vaga e irrelevante puede ser contraria a la finalidad del procedimiento. Así, la documentación que no aporta información ajustada a las necesidades del procedimiento podría convertirse en un arma contra el propio promotor de la extinción colectiva.

— *Soporte informático.* Se considera válida la entrega en soporte digital, sin que exista la obligación de entregar la información impresa (sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 20 de mayo de 2013 [JUR 2013\170109]). Cabe señalar que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece en diversos apartados, entre los que se incluye el relativo a la prueba anticipada (artículo 82), la posibilidad de realizar la aportación de documentos mediante soporte informático cuando su volumen o complejidad lo justifiquen, elemento que refuerza el razonamiento de la AN.

— *Información económica.* Deben aportarse las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos. Al respecto una de las cuestiones que ha generado un importante cuerpo de resoluciones judiciales es la del tratamiento de dicha obligación en relación con el grupo de empresas. En síntesis, los criterios que se apuntan diferencian entre el tipo del grupo empresarial:

(i) *Grupo mercantil.* La sentencia de la Sala de lo Social de 20 de marzo de 2013 (JUR 2013\110228) establece que la empresa deberá acreditar si está obligada o no a consolidar cuentas siempre que existan saldos deudores y acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. De no estarlo, deberá al menos, para justificar que no está obligada a consolidar, acreditar que concurren los supuestos de exclusión regulados en el artículo 43 del C.Com. El RDL 11/2013 ha sido muy clarificador, al especificar

que la obligación de aportación de cuentas consolidadas se reduce a aquellos casos en los que la sociedad dominante de la sociedad que inicia el despido tenga su domicilio en España.

En caso de que no exista obligación de consolidar en España, se sustituye la obligación anterior por la de aportación de la totalidad de las cuentas de las empresas del grupo con domicilio social en España, que tengan cuentas acreedoras y deudoras entre sí y que tengan la misma actividad (sentencias de la Sala de lo Social de la AN de 1 de abril de 2013 [JUR 2013\111737] y de 24 de octubre de 2012 [JUR 2013\85012]).

La necesidad de aportar documentación relativa al grupo mercantil debe ponerse en relación con lo expuesto en el apartado (i) anterior, relativo a la documentación relevante.

(ii) *Grupo patológico laboral*. En tanto todas las empresas que conforman un grupo patológico laboral constituyen un único empresario real, deberá aportarse la documentación de todas las empresas que lo conforman. En este sentido se pronuncia la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Madrid de 30 de mayo de 2012 (AS 2012\1672).

— *Acreditación de reducciones de ingresos o ventas*. La acreditación de que se ha producido un descenso en los ingresos o ventas en los últimos tres trimestres, comparados con los tres trimestres anteriores, es especialmente delicada. La norma no establece la documentación acreditativa de este extremo, pero la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 21 de noviembre de 2012 (AS 2012\2409) señala que deberá utilizarse la cifra de negocios integrada en la cuenta de pérdidas y ganancias.

— *Informe técnico*. La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 11 de julio de 2012 (AS 2012\1775) recoge con especial detalle los requerimientos que debe cumplir este informe y el fin perseguido con su exigencia, incidiendo en la necesidad de que informe sobre la fuente utilizada y la documentación sobre la que se basa, incluyendo los motivos por los que se han aceptado o rechazado las distintas fuentes consultadas. Ello permite poder tener acceso real a la información y de ese modo evaluar eficazmente su contenido.

5 · NEGOCIACIÓN DE BUENA FE

Durante el periodo de consultas las partes tienen la obligación de negociar de buena fe, siendo un ele-

mento central de la conformación de la relación laboral (la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 26 de junio de 2012 [JUR 2012\297241]). La falta de cumplimiento de esta obligación puede dar lugar a la nulidad del despido colectivo y, siendo un concepto con un alto nivel de subjetividad, resulta especialmente orientador comprobar cómo las resoluciones judiciales dictadas hasta el momento han tratado esta cuestión.

Partiendo del artículo 51 ET, los esfuerzos negociadores durante el periodo de consultas deben centrarse en analizar las posibilidades de reducir y atenuar sus efectos. Entre otras, en los casos analizados por la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Cataluña de 23 de mayo de 2012 (AS 2012\1049), y en la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 22 de junio de 2012 (AS 2012\1936), se declara que dicho contenido mínimo no ha sido respetado y que, por tanto, el proceso debe ser declarado nulo.

La buena fe no es un concepto moral, sino que exige la verificación de cuál ha sido la conducta de una de las partes, bien tendiendo a alcanzar un acuerdo o a hacerlo imposible, en función de elementos como:

(i) *La existencia de engaño u ocultación*. Son varias las sentencias que, por ejemplo, al analizar los grupos laborales patológicos en el marco de los despidos colectivos, entienden que ha existido una voluntad de ocultar la dimensión real de la empresa, lo que lleva a la apreciación de mala fe en la negociación. Ello puede observarse claramente en la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 26 de abril de 2013 (JUR 2013\160462) y sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de octubre de 2012 (AS 2013\993), entre otras.

(ii) *Coherencia en la posición mantenida por la parte*. A modo de ejemplo, la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 26 de abril de 2013 (JUR 2013\160462) analiza un supuesto en el que no se alegó por la representación de los trabajadores que debió negociarse con las secciones sindicales hasta el final del periodo de consultas. La AN resuelve que no procede estimar la alegación al no haberse manifestado en ningún momento del periodo de consultas una oposición a la conformación de la mesa de negociación.

(iii) *Cumplimiento de las obligaciones legales*. En este sentido, puede entenderse que no existe

cuando no se da la documentación legalmente requerida (sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de diciembre de 2012 [AS 2013\871], sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Madrid de 30 de mayo de 2012 [AS 2012\1672], sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 25 de junio de 2012 [AS 2012\1773]), o cuando existe una falta de suministro de elementos de juicio suficientes, como en el caso de la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Aragón de 14 de enero de 2013 (AS 2013\269). Con base en el mismo razonamiento, la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 11 de marzo de 2013 (JUR 2013\95790) valora como elemento para la apreciación de buena fe en el proceso la entrega de documentación adicional a la legamente exigible a lo largo del periodo de consultas.

Otros casos en los que se ha apreciado mala fe son los analizados en la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 26 de julio de 2012 (AS 2012\1678), en el que se dio un impago selectivo de salarios de los trabajadores afectados por el despido colectivo, lo que se aprecia como un factor que impidió una negociación sosegada y con el equilibrio necesario (no así en la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de diciembre de 2012 [AS 2013\650], en una empresa en la que pese a existir un retraso en el pago de los salarios, se inició simultáneamente procedimiento de modificación sustancial de condiciones económicas), o la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 15 de octubre de 2012 (AS 2013\2), en un caso en que se notificó a los trabajadores la carta de despido cuando no había finalizado el periodo de consultas.

En todo caso, en reiteradas ocasiones se ha pronunciado la Sala de lo Social de nuestra Audiencia Nacional, entre otras en su sentencia de 20 de marzo de 2013 (JUR 2013\110228), sobre el hecho de que la obligación que se impone a las partes durante el periodo de consultas es la de negociar, esto es, el mantenimiento de lo que se califica como una negociación efectiva, esto es, no existe obligación de alcanzar acuerdos. En el mismo sentido se manifiesta la STS de 27 de mayo de 2013, valorando como indicios de la existencia de una voluntad negociadora la propuesta de prórroga por parte de la empresa de medidas alternativas menos gravosas ya implantadas, o la reducción del número de afectados en la decisión final adoptada por esta.

En relación con lo anterior, la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 26 de junio de 2012 (JUR 2012\297241) constata que el fracaso

en la negociación no implica mala fe. La duda surge en aquellos supuestos en los que se dan posiciones inmovilistas, ya que existe consenso al entender que el proceso negociador implica la necesidad de realizar concesiones recíprocas, o de construcción de soluciones y opciones consensuadas.

Por otra parte, existen sentencias en las que la inmovilidad de la empresa ha dado lugar a que se entendiera que concurre una falta de buena fe: entre otras, sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Madrid de 30 de mayo de 2012 (AS 2012\1672) y sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Cataluña de 13 de junio de 2013 (AS 2012\1887). Profundizando en esta misma línea se encuentra la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 11 de marzo de 2013 (JUR 2013\95790), en la que se entiende que la situación de la empresa tenía como única opción su cierre, por lo que no constituye mala fe defender esta postura sin alternativa (en un sentido similar, la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Aragón de 14 de enero de 2013 [AS 2013\269]). Otro supuesto en el que tampoco se aprecia la nulidad del proceso es en el analizado en la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 13 de mayo de 2013 (JUR 2013\160850), en el que la representación de los trabajadores no realizó ninguna proposición constructiva, ni criticó ni ofreció alternativa alguna al plan de acompañamiento, entendiéndose que cuando las limitaciones a la negociación efectuada son imputables a ambas partes no se puede proceder a anular el despido por falta de buena fe empresarial.

6 · LA CAUSA Y LA CONEXIÓN DE FUNCIONALIDAD

El análisis de las causas que pueden justificar un despido colectivo se ha retrasado como consecuencia del elevado número de sentencias que declaraban la nulidad de los despidos por cuestiones formales, lo que impedía entrar sobre el fondo de las causas alegadas. Una vez que esta situación se ha revertido, son cada vez más numerosas las sentencias que valoran las circunstancias económicas, organizativas, productivas o técnicas alegadas para declarar la medida ajustada o no ajustada a derecho.

Una primera valoración tras la revisión de las resoluciones dictadas hasta el momento es que, si se descartan las sentencias que declaran la nulidad de los despidos, la mayoría de las sentencias han declarado los procesos de despido colectivo ajustados a derecho con bastante rotundidad.

Las dificultades respecto a las causas, por muchas de las cuestiones ya analizadas a lo largo del presente artículo, se han centrado no tanto en las causas en si, sino en la capacidad de prueba de éstas (problemática descrita sobre la documentación a aportar) o de las cuestiones formales apuntadas.

Sin embargo, desde el inicio de la entrada en vigor de la Reforma, surge la cuestión de cómo debe valorarse la existencia de la causa y cuál es el límite del juzgador en esa tarea. Partiendo de la exposición de motivos del RDL 3/2012 parece que el legislador pretende que la función del juzgador sea muy limitada y se circunscriba a analizar unos hechos, realizando una estricta verificación de la concurrencia de determinados elementos fácticos, sin entrar en juicios valorativos, de razonabilidad o proporcionalidad. Ello se hace especialmente evidente en la previsión que se hace a la existencia de una situación económica negativa persistente cuando en los últimos tres trimestres consecutivos, comparados con el mismo periodo del año anterior, se dé un descenso en las ventas, con el automatismo fáctico al que puede dar lugar.

Ello ha generado una crítica mayoritaria desde el ámbito judicial, y en este sentido son especialmente esclarecedoras las sentencias de la Sala de lo Social de la AN de 21 de noviembre de 2012 (AS 2012\2409) y de 4 de julio de 2013 (procedimiento 169/2013). En estas se señala que para que concurran las causas para justificar un despido económico o productivo debe establecerse una conexión de funcionalidad que supone la superación de tres fases por las empresas: (i) acreditación de la situación económica negativa o, en su caso, cambios en la demanda de los productos y servicios que la empresa quiera colocar en el mercado; (ii) la determinación sobre en qué modo las situaciones descritas inciden en los contratos de trabajo que se pretende extinguir; y (iii) prueba de la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dicha necesidad. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 9 de abril de 2013 (AS 2013\278) y, aunque se refiere al tercer punto en términos de proporcionalidad, matiza que no lo hace como un juicio de racionalidad, sino como una forma que permita establecer la causalidad de los despidos.

El único Tribunal que se había manifestado a favor de una interpretación más literal o estricta de la norma, sin entrar en juicios valorativos ulteriores, es la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, en sus sentencias de 6 de julio de 2012 (AS 2012\1677)

y de 19 de julio de 2012 (AS 2012\1888). Sin embargo, la sentencia posterior de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 21 de noviembre de 2012 (AS 2013\51) ya modifica la línea anterior, entendiéndose que no solo debe acreditarse la concurrencia de la causa propiamente dicha, sino también los efectos sobre el contrato que justifiquen su extinción.

En definitiva, existe consenso sobre la supresión de valoraciones finalistas o vinculadas a un resultado futuro que generaban una gran incertidumbre en el momento de llevar a cabo las medidas. También sobre que el juzgador no puede sustituir la gestión empresarial, sin entrar a hacer valoraciones de oportunidad sobre la medida. Sin embargo, los tribunales exigen pese a la literalidad de la norma, una conexión de funcionalidad entre la medida y el contrato que se pretende extinguir, la justificación de su pérdida de utilidad económica⁵.

(i) *Causa económica*. La norma hace una referencia genérica a que concurre cuando: (a) existe una situación económica negativa (que no se define); o (b) en los últimos tres trimestres consecutivos comparados con el mismo periodo del año anterior existe un descenso de las ventas. Advierte A. Desdentado Bonete⁶ que entiende que no es correcto que dicho supuesto genere un doble automatismo, ni negativo, de forma que puede existir una situación de descenso persistente de duración inferior, ni positivo, por ser posible que aun dándose dicho descenso no se justifiquen las medidas propuestas.

Al respecto, a continuación se citan sentencias que han apreciado la concurrencia de causa económica (la mayoría relacionadas también con causas productivas): con gran claridad se aprecia su existencia en las sentencias de la Sala de lo Social de la AN de 28 de septiembre de 2012 (AS 2012\2515), 26 de abril de 2013 (JUR 2013\160462) y de 18 de diciembre de 2012 (AS 2013\1036) (esta última en un supuesto en que la empresa tenía beneficios, pero

⁵ Esta conexión de funcionalidad ya se había recogido en la jurisprudencia del TS de 14 de junio de 1996 y 29 de septiembre de 2008, aunque estableciendo esa conexión entre la medida y el objetivo legal de superación de la situación, de acuerdo con la normativa en vigor en ese momento.

⁶ A. Desdentado Bonete: «Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales», *Actualidad Laboral*, N.º 17-18 de octubre 2012.

con una caída drástica del nivel de ingresos), la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla León de 29 de noviembre de 2012 (AS 2013\55), la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cantabria de 29 de septiembre de 2012 (AS 2012\2599), las sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 26 de junio de 2012 (JUR 2012\275121), de 25 de octubre de 2012 (AS 2013\468) y de 15 de octubre de 2012 (AS 2012\3007) y la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de diciembre de 2012 (AS 2013\650).

En cambio, se niega la concurrencia de causa económica en las siguientes resoluciones: sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha de 16 de abril de 2013 (JUR 2013\185570), por apreciarse clara desproporcionalidad entre la causa y la medida adoptada; la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias (R 2013\154718) considera la medida adoptada desproporcionada e irrazonable, además de no homogénea respecto al conjunto de la plantilla; la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 2 de mayo de 2013 (AS 2013\1134), ya que no se ha justificado el 5% de minoración presupuestaria establecido en el RD 1483/2012, y la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 11 de julio de 2012 (AS 2012\1775).

(ii) *Causa productiva*. De conformidad con la norma concurre una causa productiva «cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado». Su exigencia supone también el mismo juicio de funcionalidad descrito. En este sentido, son destacables las siguientes resoluciones: sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 18 de diciembre de 2012 (AS 2013\1036), porque concurre causa productiva por pérdida de los clientes principales, señalándose que los demandantes ni siquiera han intentado probar la existencia de posibles clientes potenciales alternativos; sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias de 26 de febrero de 2013 (JUR 2013\154718), en la que se señala que la pérdida o disminución de encargos en empresas de servicios constituye una causa productiva ya que significa la reducción del volumen de producción contratada. También se declara la concurrencia de causas productivas en la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 25 de febrero de 2013 (AS 2013\177) y la sentencia de la Sala de lo Social

del TSJ de Galicia de 19 de julio de 2012 (AS 2012\1888). En la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 14 de septiembre de 2012 (AS 2013\813) se analiza un supuesto de pérdida de una contrata y celebración de una nueva, pero con imposibilidad de recolocar a los trabajadores de la primera en el ámbito de la segunda por categoría, conocimientos o grupo profesional, entendiéndose que concurre la causa productiva alegada.

Por el contrario, se entiende que no concurre causa productiva en el caso analizado por la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia de 9 de julio de 2012 (AS 2012\2454), existiendo contratación de un importante número de trabajadores tras la medida.

(iii) *Causa organizativas*. Se definen en la norma como los supuestos en los que se produzcan «cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción». Se entienden concurrentes en la sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 25 de febrero de 2013 (AS 2013\177), donde se justifica por una necesidad de adecuar la plantilla a la demanda, habiendo llevado a cabo cursos para mejorar en polivalencia funcional de los empleados; o en la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía de 25 de octubre de 2012 (AS 2013\4), en la que se aprecia la existencia de causa organizativa por la sobredimensión de la plantilla derivada de la subrogación del Ayuntamiento en el personal laboral de las sociedades municipales disueltas.

La sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 14 de septiembre de 2012 (AS 2013\813) declara que no puede considerarse como causa organizativa la cancelación de determinadas contratas si son sustituidas por nuevas, y también se descarta su existencia cuando se contratan trabajadores de forma inmediata (sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León de 4 de febrero de 2013 [AS 2013\1081]).

7 · REFLEXIONES FINALES

La Reforma ha supuesto en materia de despidos colectivos un incremento sustancial de la judicialidad, tanto de las reclamaciones colectivas como individuales. Así, la flexibilización de los procedimientos de despido colectivo pretendida por el legislador, al prescindir de la autorización adminis-

trativa, ha sido, hasta cierto punto, frenada por el incremento de la litigiosidad. Sin embargo, el hecho de que el Orden de lo Social tenga, por primera vez, competencia plena para decidir sobre todos los aspectos del despido colectivo no es una cuestión baladí, puesto que, a diferencia de lo que ocurría en el pasado, ahora tiene la oportunidad de crear una jurisprudencia uniforme en materias diversas y complejas, como son, a modo de ejemplo, los grupos de empresas patológicos en relación con los despidos colectivos.

A pesar de que en un primer momento, las resoluciones judiciales dictadas declararon de forma sistemática la nulidad de los despidos colectivos analizados, en la actualidad, una vez pasada esa primera fase, se está invirtiendo la tendencia y son cada vez más frecuentes las declaraciones que vali-

dan los procesos de reestructuración seguidos. En este sentido, cabe señalar también que los operadores jurídicos han podido asimilar mejor los requisitos de forma y fondo que los tribunales han expuesto en sus resoluciones del último año y medio, permitiendo así una mayor sofisticación de los procedimientos y, por tanto, abrir el camino para que nuestros tribunales puedan entrar a resolver sobre las cuestiones de fondo planteadas.

En todo caso, dado que tras un año medio de entrada en vigor de la Reforma, solo se dispone de dos sentencias del TS, el cuerpo interpretativo principal se ha desarrollado por la doctrina elaborada por los TSJ y muy especialmente por la AN, por lo que será esencial ver cómo sigue pronunciándose nuestro TS al respecto, más aún tras las precisiones aportadas por el reciente RDL 11/2013.